XII.

Versuch eines Beitrags zu der Lehre von Codicillen und den sogenannten mystischen Testamenten.

Von

Herrn Friedrich Chop,

Fürstlich Schwarzburg'schem wirklichen Geheimenrathe a. D. in Sondershausen.

Im 43. Bande des Archives für civilistische Praxis S. 58 bis 86 hat sich von Kräwel „über Inhalt und Form der nach einem Testamente errichteten und in demselben zum voraus bestätigten Codicille" verbreitet und sich der älteren Schule gegen die neuere zu Gunsten einer angeblichen Praxis angenommen. Bei Prüfung seiner Deduction sind jedoch dem Verfasser des vorliegenden Aufsatzes einige Bedenken aufgestoßen, die ihm nicht unerheblich schienen. Er hält dieselben nicht zurück, weil er sich mit der Hoffnung schmeichelt, daß sie vielleicht etwas zur Entscheidung der angeregten Streitfragen beitragen und dadurch ein ferneres Schwanken der Rechtspflege verhindern werden.

Zunächst glaubt S. 78 von Kräwel ausgeführt zu haben, daß, wenn „im Testamente ausdrücklich die Befugniß vorbehalten ist, in einem schriftlichen Nachzettel das Testament auch in Beziehung auf die Erbfolge abzuändern, oder wenn einem solchen schriftlichen Nachzettel die volle Kraft des Testaments beigelegt ist, solcher Nachzettel die volle Gültigkeit wie das Testament selbst auch in Beziehung auf die Erbfolge habe".

Dieser Satz wird jedoch von der juristischen Literatur der Jetztzeit nicht anerkannt. Außer den Schriftstellern, welche schon von Kräwel S. 59 für das Gegentheil angeführt hat, sprechen sich wohl fast alle oder doch die meisten neueren[1]) Rechtsge=

---

1) Z. B. s. Weiske's Rechtslexikon Bd. 2 s. v. Codicill S. 672, Heimbach das. Bd. 10 s. v. Testament S. 715, Sintenis praktisches Civilrecht Th. 3. §. 208 S. 703 Note 1 vergl. mit §. 166 S. 361, Mühlenbruch's Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl. Th. 3. §. 729, Puchta's Pandekten, 7. Ausgabe §. 461 vergl. mit §. 523. Glück's Pandektencommentar, fortgesetzt von Fein Bd. 44 S. 75.

lehrten gegen denselben aus. Auch stehen ihm die Gesetze nicht zur Seite. In mehreren Stellen wird vielmehr erklärt, „hereditatem neque dari neque adimi codicillis posse".[2]) Im §. 2 I. cit. wird als Grund angegeben, „ne confundatur jus testamentorum et codicillorum" oder, wie sich
fr. 10 D. eod. 29. 7.
ausdrückt: „Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videatur". Hier hebt nämlich Papinian hervor, daß ein Testament seine Gültigkeit durch die Einsetzung eines Erben erlange, und daß ein Codicill keinen selbstständigen Charakter habe, sondern seine Wirksamkeit dem Testamente entlehne. Darum setzt jenes voraus, daß dieses ein Testament sei, d. h. die Einsetzung eines Erben enthalte. Er findet es deßhalb verkehrt, wenn man annehmen wollte, daß ein Testament durch ein Codicill seine Kraft erlange. Das würde aber der Fall sein, wenn man die Einsetzung eines Erben in einem Codicille für zuläßig hielte, und durch dieselbe das Testament aufrecht erhalten wollte. Indem er sich dagegen erklärt, kann er nicht von der Ansicht ausgegangen sein, daß die Einsetzung des Erben in dem Testamente und in dem Codicille erfolgt sei: denn alsdann hätte ja gar nicht der Gedanke aufkommen können, daß das Testament durch das Codicill gültig werde, weil dem erstern bei einer solchen Unterstellung die diese Folge bedingende Erbeinsetzung ja nicht gefehlt und nur im Codicille etwas gestanden haben würde, was zwar an sich nicht beständig, aber doch hier rechtlich gleichgültig gewesen wäre. Es ist daher eine falsche Auslegung, wenn Accursius, dem hierin von Kräwel S. 65 und 66 folgt, geglaubt hat, daß Papinian vorausgesetzt habe, „daß das Cocidill dasselbe sage, wie das Testament," daß also beide Urkunden die Erbeinsetzung enthalten hätten, — eine Ansicht, zu welcher das Wort: „confirmari" verleitet zu haben scheint,

---

2) cfr. c 12 C de cod. 6. 36, fr. 26 D. ad S C tum Treb. 36. 1. §. 2. J. de cod. 2. 25.

indem man es nur in dem Sinne einer Bestätigung m. a. W. einer Wiederholung desselben Willensacts glaubte auffassen zu dürfen. Allein sehr häufig ist der erwähnte Ausdruck mit: „convalescere" gleichbedeutend.[3]) Er wird daher auch gebraucht, um eine Ursache zu bezeichnen, durch welche ein Rechtsgeschäft erst Kraft erlangt hat.[4]) Dies erhellt namentlich sehr deutlich aus:

fr. 2 § 4 D de jur. cod. 29 7.

denn wenn es hier heißt: hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari," so wird damit nichts anderes gesagt, als daß eine Erbfolge, welche sich auf ein Testament nicht stützen darf, durch ein Codicill nicht begründet werden kann. Eine Bestätigung eines ungültigen und darum juristisch gar nicht vorhandenen Rechtsacts würde, weil unmöglich, ein Unsinn sein.

Sowohl aus dem von uns bisher beleuchteten Rechtssatze als aus der Anwendung desselben, der wir in mehreren Stellen begegnen,[5]) ergiebt sich unwiderleglich, daß die Erbeinsetzung als ein wesentlicher Bestandtheil des Testaments zu betrachten und von dem dem Codicille eingeräumten Gebiete ausgeschlossen ist. Es besteht daher hierin zwischen beiden Rechtsgeschäften eine materielle Verschiedenheit des jedem derselben möglichen Inhalts.[6]) Die Grenze, die zwischen ihnen durch den letztern gezogen worden ist, kann eben deßhalb durch die Form, in welcher einige Arten der Codicille von andern abweichen, nicht verrückt werden. Mag es sich folglich um ein durch ein Testament bestätigtes Codicill oder um ein anderes handeln, es genügt, daß es ein Codicill ist, um die Erbeinsetzung in demselben für unzulässig halten zu müssen. Sonst würde sich ja ein Codicill von

3) cfr. fr. 9 §. 3 D. qui potior. 20. 4. Dirksen manuale latinitatis s. v. confirmare.

4) cfr. fr. 6. D. de pact. 2. 14., fr. 14 §. 3 D. ad. S. C tum Treb. 36. 1.

5) cfr. c. 14 C. de test. 6. 24, c. 12 C. de cod. 6. 36.

6) fr. 20 D. de jur. cod. 29. 7. „Julianus scribit, tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli, quam testamentum, existimandae sint."

einem Testamente der Sache nach, in der Begründung der directen Erbfolge, gar nicht unterscheiden und die in

c 7 C de cod. 6. 36.

aufgeworfenene Frage: „Si idem codicilli, quod testamenta, possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset?“ Eben weil beide Rechtsgeschäfte nicht identisch sein sollen, fährt der Kaiser Constantin in der angeführten Constitution so fort: „Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas juris autoritate data non est.“ Unter diese negative Regel fallen alle Fälle, auf die ihre Voraussetzungen passen d. h. sie gilt, wie gesagt, von sämmtlichen Arten der Codicille, weil sie auf einem Grunde beruht, welcher ihrer gemeinsamen Natur entlehnt ist. Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Es ist daher auch nicht das geringste Gewicht auf den von Hr. von Kräwel mehrfach S. 65 und 66 betonten Umstand zu legen, daß die oben angezogenen Gesetze im Allgemeinen von Codicillen sprechen und solcher Codicille nicht besonders gedenken, „denen der Testator im Voraus die Kraft eines Testaments beigelegt hat.“

Eine Verfügung, durch welche Jemand zum Erben ernannt wird, ist daher, wie auch von v. Kräwel S. 68 richtig anerkannt, ihrem innern Wesen nach, mag sie sich einen Namen beigelegt haben, welchen sie will, kein Codicill, sondern ein Testament. „Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exhereditatio probant evidentissime“.[7] Es kann sich daher im Interesse der gegenwärtigen Erörterung nur noch fragen, ob sie trotzdem, daß sie, selbstständig aufgefaßt, den für das letztere erforderlichen Formen nicht entspricht, aufrecht erhalten werden darf. Das muß jedoch entschieden verneint werden, denn formlos darf sie nicht sein, weil sie sonst, als Testament betrachtet, ein testamentum injustum sein und, wegen Mangels an den „solennia juris“ an Ungültigkeit leiden würde.[8] Genügte sie aber auch der Codicillarform,

7) c. 14 C. de test. 6. 23. vergl. Fein a. a. O. S. 99.
8) fr. 1 D. de injusto etc. test. 28. 3.

so würde doch dieselbe nicht ausreichen, eben weil sie kein bloßes Codicill wäre.

Es bleibt daher nichts weiter übrig, als ihre Beziehung zu einem Testamente in's Auge zu fassen und also anzunehmen, daß sich die rechtlichen Folgen der Erfüllung der für dieses vorgeschriebenen Formen auf sie mit erstreckten. Dies würde jedoch nur dann möglich sein, wenn sie, wie von Kräwel S. 65 u. 68 will, als „ein integrirender Theil des Testaments" angesehen werden dürfte. Da sie, wie unser Gegner annimmt, dem Testamente nachfolgt und eine von demselben getrennte Willenserklärung enthält, ja selbst ein Testament ist; so mangelt es zwischen ihr und jenem an der erforderlichen unitas actus.[9]) Eine Einheit des Rechtsgeschäfts liegt also wirklich nicht vor und müßte daher fingirt werden dürfen. Das würde jedoch nur dann geschehen können, wenn der bloße Wille des Erblassers im Stande wäre, zu bewirken, daß eine von ihm nach der Errichtung seines Testaments getroffene Anordnung, obgleich dieselbe eine wesentlich in ein Testament gehörige Verfügung, eine Erbeinsetzung, enthält, als eine Ergänzung seines Testaments behandelt würde, sobald als er zum Voraus im Testamente erklärt hätte, daß er dieselbe treffen werde oder zu treffen sich vorbehalte, oder daß dieselbe die volle Kraft des Testaments haben solle. Ohne dabei zu verweilen, daß schwer einzusehen ist, daß und warum alsdann nicht auch durch die zuletzt erwähnte Willenserklärung eine vor der Testamentserrichtung getroffene Anordnung eines zwar auf die Vergangenheit bezogenen, aber doch sonst gleichen Inhalts gleiche Folge haben solle; so steht fest, daß das Recht dem Testator, um mit von Kräwel S. 68 zu reden, eine so weit reichende „Autonomie"[10]) wenig-

9) fr. 21 §. 3 D. qui test. fac. poss. 28. 1.

10) ein Wort, das, soll dasselbe einen selbstständigen, nicht mit der Handlungsfähigkeit zusammenfallenden Begriff von rechtswissenschaftlicher Bedeutung ausdrücken, falsch gewählt ist, mag man unter demselben mit Puchta's Gewohnheitsrechte Th. 2. S. 106 und Gerber in seinem Systeme des deutschen Privatrechts 2. Ausgabe §. 29 die einzelnen Classen von Rechtssubjecten eingeräumte Befugniß zur Bildung von Rechtssätzen oder mit Gerber im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 37 S. 62 die anomal ihnen zugestandene Erweiterung der Dispositionsbefugnisse verstehn.

stens nicht ausdrücklich eingeräumt hat. Ja es läßt sich zeigen, daß es eine solche Befugniß versagt hat oder doch nicht gestattet haben kann, ohne mit sich selbst in einen unauflöslichen Widerspruch zu gerathen.

Abgesehen davon, daß sich die Erbeinsetzung eigentlich gar nicht als „integrirender Theil" des Testaments bezeichnen läßt, weil sie allein es ist, durch die der letzte Wille zu einem Testamente im engern Sinne wird, und aus der es seinem Wesen nach besteht; so muß man sich zu dem kurz vorher ang gebenen Zwecke zunächst erinnern, daß, was vom Ganzen gilt, auch von seinen Theilen gelten muß. Ueberdies soll ja selbst die erklärte Absicht, ein Erbrecht einzuräumen, nicht einmal hinreichen, um als ein Codicill zu gelten, wenn nicht die demselben eigenthümliche Form gewahrt worden ist[11]) geschweige, daß die Erklärung einer solchen Absicht wie ein Testament wirken könnte. Damit hängt es zusammen, daß, wenn Jemand in einem Codicille einen directen Erben einsetzt in dem Glauben und darum natürlich auch mit dem Willen, ein Testament zu errichten, Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts die Folge ist.[12]) Dort, wie hier, soll also der bloße Wille den Mangel an den erforderlichen Formen nicht ersetzen. Es läßt sich auch nicht entgegnen, daß fr. 13 §. 1 D. cit. den Fall voraussetzt, daß der Erblasser kein Testament errichtet hat: denn die Nothwendigkeit, gewisse Formen zu beobachten, tritt auch ein, wenn ein Testament vorliegt. Die nachfolgende, wenn auch im Testamente untergestelltermaaßen vorbedachte, Erklärung hat doch einen selbstständigen, von dem Testamente unabhängigen Inhalt. Die Erbeinsetzung, die sie enthält, mag sie dem testamentarisch ernannten Erben einen neuen hinzufügen oder an die Stelle jenes einen andern treten lassen, hat das Testament nicht enthalten. Sie ist also eine Aenderung des letztern. Rücksichtlich einer Aenderung schreibt aber

fr. 15 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2

vor: „Si quid post factum testamentum mutari

11) fr. 17. D. de jure cod. 29. 7.
12) fr. 13. §. 1 D. eod.

placuit, omnia ex integro facienda sunt." Es braucht hiernach die Möglichkeit eines testamentum ruptum gar nicht noch besonders hervorgehoben zu werden. Und doch ist sie nicht zu bestreiten, wenn die im Testamente eingesetzten Erben insgesammt durch die Ernennung Eines oder mehrerer Anderer in dem s. g. „Nachzettel" in Wegfall gekommen sein sollten, vorausgesetzt, daß man diesen dem Testamente gleich wirken läßt. Alsdann wäre es aber unmöglich, daß der „Nachzettel" aus einem Testamente seine Kraft ableitete, welches durch ihn dieselbe verloren hätte. [13])

Indem das Recht gewisse Solennitäten für ein Testament, d. h. aber eben für die Einsetzung eines (directen) Erben vorschrieb, muß es ihre durchgängige Beobachtung gewollt haben: denn wie käme es wohl dazu, in unserm Falle und nur in demselben von jeder oder doch von der sonst erforderlichen strengen Form abzusehen, obschon es ihm doch auch in ihm bei der Gleichheit der rechtlichen Folgen auf dieselbe sichre „Gewähr der Erkennbarkeit die Absicht des Testators" ankommen muß? Enthalten aber die angeordneten Formen „ausschließlich" eine solche „Gewähr", liegt darin der Grund ihrer Vorschrift [14]) und zugleich das gesetzliche Anerkenntniß der Nothwendigkeit, die Testirfreiheit auch von dieser Seite aus zu beschränken [15]); so müssen die getroffenen formellen Bestimmungen ausnahmslos bei jeder Erbeinsetzung Platz greifen. Einer Abweichung, sei's auch nur in der Art, welche von Kräwel vertheidigt, darf kein Spielraum gelassen werden: denn derselbe würde auf ein subjectives Belieben hinauslaufen, welches dem jus publicum oder, wie es von Savigny [16]) treffend nennt, dem absoluten Rechte gegenüber immer ausgeschlossen ist. „Privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit". [17]) Namentlich ist es dem Testator untersagt, zu bestimmen, „ne leges in

---

13) c. 27 C. de test. 6. 23.

14) s. Sintenis a. a. O. §. 166 S. 261.

15) s. von Holzschuher's Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2. Aufl. Th. 2. S. 576.

16) in seinem Systeme des heutigen römischen Rechts Th. 1. §. 16. S. 57.

17) fr. 15. §. 1 D. ad. l. Falc. 35. 2.

suo testamento locum habeant"[18]): denn die gebietenden Gesetze, welche von den Testamenten gelten, sind seiner Willkür entzogen. Von ihnen, als einem Theile des jus publicum, darf er sich daher, wie gesagt, nicht dispensiren „Testandi de pecunia sua legibus certis facultas est permissa, non autem jurisdictionis formam mutare vel juri publico derogare cuiquam permissum." [19])

Der Staat hat nicht bloß dem Erblasser überlassen wollen, Vorkehrungen zu treffen, um möglichst sicher zu bewirken, daß sein Nachlaß in die Hände komme, denen sie sein letzter Wille zuweist. Deshalb hat es das Gesetz übernommen, dafür zu sorgen, daß die Testamente vor Fälschungen und Unterschiebungen möglichst geschützt werden. Es hat daher äußere Bedingungen vorgeschrieben, von denen das Anerkenntniß der Aechtheit und Gültigkeit abhängen soll. Auch der Staat hat ja ein Interesse dabei, daß über die testamentarische Erbfolge kein Zweifel herrsche. Dieses Ziel kann er aber nur erreichen, wenn er die Wahl unter den Mitteln, „die Erkennbarkeit der Absicht des Testators zu gewähren," nicht diesem ganz freistellt und dadurch die Gefahr eines Fehlgriffs herbeiführt, sondern wenn er vielmehr selbst bestimmte Formen vorschreibt und an deren Beobachtung die Gewißheit eines allgemeinen Anerkenntnisses des letzten Willens knüpft. Man darf sich daher zu Gunsten der Formlosigkeit, welche von Kräwel seinem „Nachzettel" vindicirt, nicht mit ihm S. 68 u. 69 bei dem Gedanken beruhigen, daß es „sich zunächst nur um das Eigenthum des Erblassers handle", daß er die Gefahren einer Fälschung und Unterschiebung seines letzten Willens kenne und dieselben zu vermeiden wissen werde. Ganz abgesehen davon, daß die beiden zuletzt erwähnten Voraussetzungen nicht immer zutreffen werden, so beweist auch jene Argumentation zu viel und darum nichts: denn aus ihr würde folgen, daß der Erblasser wie dem „Nachzettel", so dem Testamente, auf das sich der „Nachzettel" stützt, eine beliebige Form geben könne. So groß auch

18) fr. 55 D. de leg. I.
19) c. 13 C. de test. 6. 23.

die Religiosität der Römer war, auf welche sich von Kräwel S. 69 beruft, so rücksichtsvoll sie deshalb das Testament behandelten und so streng sie eben darum auf seine Vollziehung hielten, so haben sie doch niemals über die Errichtungsweise desselben frei schalten und walten lassen. Mit dieser, mit der Solennität des Testaments, hat es das von Kräwel für seine Ansicht angeführte fr. 25 D. de reb. dub. 35. 5. nicht zu thun, sondern nur, wie schon der Titel ergiebt, dem es entlehnt ist, mit dem Beweise: denn wenn es vorschreibt: „testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, adimplenda est.“ so knüft es allerdings die Pflicht, den Willen des Erblassers zu erfüllen, an die Constatirung desselben und erkennt für diesen Zweck keine Beschränkung der Beweismittel an; allein dadurch giebt es keinen Aufschluß über den Beweissatz. Die Eigenschaft, die der letzte Wille an sich tragen muß, berührt es daher gar nicht, sondern es beschäftigt sich nur mit der Frage, wodurch die Gewißheit des Inhalts eines Testaments herzustellen sei, und nicht mit den anderwärts bestimmten Formen seiner rechtlichen Entstehung, seiner Existenz.

Vergebens beruft sich von Kräwel S. 69 u. 70 auf die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts: denn wenn sich auch aus derselben ein Streben ergeben sollte, die Formen der letzten Willen zu mildern; so besteht doch zwischen einer solchen Tendenz und der Formlosigkeit ein großer Unterschied. Wer jener huldigt, ist deshalb weit entfernt davon, diese zu billigen. Außerdem läßt sich auch aus der Zulassung der Codicille und der dadurch gegebenen leichteren Formen, eine Singularsuccession und Fideicommisse zu begründen, kein Schluß auf ein ganz anderes Rechtsgeschäft, auf die Testamente und auf die nur diese vorbehaltene Ernennung eines (directen) Erben, ziehn. Die Behauptung, „daß man auf dem Wege des Fideicommisses, für das die codicillarische Form genügt, zu demselben Ziele komme,“ würde nur dann in's Gewicht fallen, wenn zwischen einem Universalfideicommissare und einem directen Erben bloß ein nomineller Unterschied bestände. Daß Dies nicht der Fall ist, bedarf so wenig einer Ausführung, als die privilegirten Testamente als ein Beleg für das oben gedachte Streben benutzt werden

können. Sie stützen sich auf leges singulares; letztere gestatten aber nicht, ihren Wirkungskreis auf Fälle auszudehnen, auf die ihre besonderen Voraussetzungen nicht passen. Hinsichtlich dieser Fälle bleibt es vielmehr bei der Regel.[20]) Die letztere hat wohl einen Wechsel in den Formen erlitten, — so hat z. B. das öffentliche Testament das Privattestament fast ganz verdrängt — aber deshalb läßt sich noch nicht annehmen, daß die anderen Formen auch leichtere und daß um eines auf die letzteren gerichteten Strebens willen die ersteren anzunehmen seien. Liefert doch auch das spätere römische Recht Beispiele der Erschwerung der außerordentlichen Form von Privattestamenten.[21]) Ueberhaupt verdienen in dieser Beziehung die Worte von Sintenis[22]) beherzigt zu werden: „Es ist nirgends als in der Lehre von letztwilligen Verfügungen unerläßlicher, von den Formen ihrer Errichtung und Gültigkeit keinen Zoll nachzulassen, wenn man nicht den bedenklichsten Consequenzen, ja endlich der nackten Willkühr die Bahn eröffnen will."

Daß aus so allgemeinen Sätzen, wie z. B. fr. 2 § 2 D. de jur. cod. 29. 7. in den Worten enthält: „codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent," für die von uns bestrittene Ansicht nichts zu entnehmen sei, hat von Kräwel selbst S. 67 anerkannt; denn wollte man aus jener Stelle eine Gleichstellung des den Codicillen und den Testamenten rechtlich möglichen Inhalts folgern, so würde sie sich mit den im Eingange beleuchteten Gesetzen, in denen den Codicillen das Recht abgesprochen wird, einen directen Erben zu ernennen, durchaus nicht in Einklang bringen lassen[23]). Indessen so sehr auch von Kräwel hierin Recht hat, so irrt er doch, wenn er aus dem Nachsatze, welcher auf die citirten Worte folgt, schließt, daß „das Gesetz nur sagen wolle: daß alles, was in Codicillen geschrieben ist, der Zeit nach so angesehen wird, als wenn es zur Zeit der Errichtung des Testaments geschrieben wäre." Eine solche Be-

20) fr. 14, 15 D. de leg. 1. 3.
21) s. Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 757.
22) a. a. O. §. 208 Note 7 S. 706.
23) s. Fein a. a. O. S. 81.

schränkung des ganzen Gesetzes ist nämlich unstatthaft, obschon sie den Inhalt des Nachsatzes richtig angiebt. Letzterer enthält ja eine bloße Folgerung, welche den Vordersatz nicht erschöpft. Dieser hat vielmehr einen weiteren und zwar unbeschränkten Umfang. Seine Disposition bezieht sich auf den gesammten möglichen Inhalt des Codicilles und gewährt ihm dieselbe Wirksamkeit, welche ihm zugekommen wäre, wenn er in einem Testamente stände. Damit ist jedoch keineswegs ausgesprochen, daß Alles, was letzteres enthalten und sogar nur verfügen darf, auch zum Gegenstande eines Codicilles gemacht werden könne. Die objektive Begrenzung dieses Rechtsgeschäfts ist unabhängig von seinem qualitativen Einflusse.

Dieselbe Einsicht, welche von Kräwel verhindert hat, fr. 2 § 2 D. cit. als Beweisgrund für seine Meinung zu benutzen, scheint ihn auch abgehalten zu haben, Stellen anzuführen, deren sich die von ihm vertheidigten Practiker, Stryk und Lauterbach, für seinen Zweck bedient haben: denn wenn es z. B. in fr. 14 D. de jur. cod. 29. 7. heißt: „quod codicilli pro parte testamenti habeantur, observationemque et legem traditam ex eo capiant“ oder in fr. 16 D. eod.: „codicilli — testamento facto jus sequuntur ejus“; so soll damit doch nur die accessorische Natur des testamentarischen Codicills, vermöge deren es mit dem Testamente steht und fällt und aus dem letzteren seine Rechtsbeständigkeit ableitet und daher dieselbe mit dem Testamente nach Maßgabe der für dieses geltenden Grundsätze theilt, sowie die durch fr. 2 § 2 D. cit. begründete codicillarische Fiction bezeichnet werden.[24]) Keineswegs war es die Absicht, hierdurch dem Codicille das ihm anderwärts deutlich versagte Recht der Erbeinsetzung einzuräumen oder über die Formen etwas zu bestimmen, die es trotz seiner Abhängigkeit von dem Testamente als ein eigenes dem letzteren vorausgehendes oder nachfolgendes Rechtsgeschäft zu beobachten hat.[25]) Aller-

24) s. Fein a. a. O. S. 146 und 234, Derselbe im Bd. 45 S. 114, von Vangerow's Lehrbuch der Pandekten 6. Aufl. Bd. II. §. 526 S. 516 und 517.

25) s. Sintenis a. a. O.

dings dürfen in einem Codicille ebenso, wie in einem Testamente, Legate und Fideicommisse angeordnet werden, und diese seine Bestimmungen sind alsdann ganz so zu behandeln, als ständen sie in dem Testamente — insoweit läßt sich daher das Codicill allerdings wie ein Theil des Testamentes betrachten —; aber die Möglichkeit einer solchen Betrachtungsweise reicht nicht weiter, als beide Rechtsgeschäfte einen Inhalt haben dürfen.

Offenbar glaubt von Krämel S. 70—72 das Hauptmoment für seine Behauptung in dem s. g. mystischen Testamente gefunden zu haben. Er nimmt nämlich an, daß von einem Testator, welcher von der in fr. 77 D. de hered. instit. 28. 5. und in fr. 10 D. de cond. instit. 28. 7. ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht und die im Testamente nur vorbehaltene Benennung des Erben erst im „Nachzettel" bewirkt habe, in dem Letzteren eine wahre Erbeinsetzung vorgenommen worden sei. Diese Kraft soll der „Nachzettel" lediglich nur durch den im Testamente ausgesprochenen Willen des Testators, der dem Nachzettel die Kraft eines Testaments beilegt," erhalten haben. Indessen fassen wir zunächst den Fall ins Auge, welchen fr. 10 pr. D. cit. behandelt, so erklärt es im Eingange eine Einsetzung, die sich der Worte bedient hat: „si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto," für gültig. „Est enim conditionalis institutio," fährt es fort, „nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quasi testamento data esset." Ebenso („Proinde") soll es sich vorbehalten, wenn Jemand im Testamente bestimmt hat: „cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi heres esto": denn alsdann „pari ratione dicendum est, institutionem valere, nullo jure impediente." Im §. 1 desselben Fragments bemerkt Ulpian: „Si quem ita institutum ponamus: „ille, si eum codicillis heredem scripsi heres esto", valet institutio — cum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur vel in praesens." In beiden Fällen des pr. sowohl als in dem des § 1 leitet er seine Entscheidung aus der Bedingtheit der Erbeinsetzung ab. Die Bedingung besteht in der Benennung des Erben in einem spätern Codicille. Aufgestellt ist sie aber schon in dem Testa-

mente. Sie erscheint hier als eine Modification der testamentarischen Erbeinsetzung und ist also ein Bestandtheil derselben. Dagegen soll und kann sie nur durch ein Codicill und in demselben erfüllt werden. Die Erbeinsetzung aber findet er nicht in dem Codicille begründet, weil eine solche verboten sei, sondern in dem Testamente.

Wenn auch Ulpian nicht selbst im § 1 deducirt hätte, daß und warum eine wahre Bedingung vorläge; so würde doch daran nach dem bekannten Begriffe derselben[26]) nicht gezweifelt werden dürfen: denn wir haben es hier mit einer Willenserklärung zu thun, welche die Erbeinsetzung von der Entscheidung der Frage abhängig gemacht hat, ob der Testator den Sejus oder denjenigen, dessen Namensangabe er sich im Testamente vorbehalten hat, im Codicille als seinen Erben bezeichnen werde. Es war also bei der Testamentserrichtung ungewiß, ob dies geschehen werde. Diese Ungewißheit sollte sich erst in der Zukunft durch Errichtung und den Inhalt des Codicilles heben. Endlich beruht die ganze Anordnung auf einer willkührlich getroffenen, besonderen und sich darum nicht von selbst verstehenden Festsetzung des Erblassers. Es finden sich daher alle Merkmale einer wahren Bedingung vor. Es ist daher kaum nöthig, noch daran zu erinnern, daß auch noch an einer andern Stelle, in fr. 28 D. de manum. test. 40. 4., dem Testator das Recht eingeräumt worden ist, die Erbeinsetzung von einer künftigen, in seiner Gewalt stehenden Handlung abhängig zu machen.

Gleichwohl will von Kräwel d. 72 nicht gelten lassen, daß wir es hier mit einer wahren Bedingung zu thun haben, obgleich Ulpian in fr. 10 pr. D. cit. die institutio sogar zweimal eine „conditionalis“ nennt, aus dieser ihrer Eigenschaft die Gültigkeit der Erbeinsetzung ableitet und das Dasein der gedachten Eigenschaft in fr. 10 § 1 D. cit. noch besonders zu diesem Zwecke rechtfertigt. Und obgleich diese Auffassungsweise schon durch ihre Aufnahme in den Titel: de conditionibus institutionum“ genügend unterstützt wird; so will

---

26) s. Puchta a. a. O. §. 59, v. Savigny a. a. O. Th. 3 §. 116 S. 121. Wächters Handbuch des würtemberg'schen Privatrechts Th. 3. S. 690.

unser Gegner doch die in's Codicill verlegte Nennung des Erben nur für eine s. g. conditio juris angesehen wissen. Eine solche soll sie sein, weil das Erbrecht durch die Erbeinsetzung „bedingt" werde. Daß man sich im Deutschen so ausdrücken dürfe, wird man allerdings von Krämel zugeben müssen. Auch würde sich, hätte er mit dieser Auffassung Recht, nicht bestreiten lassen, daß eine derartige Bedingung nur eine sich von selbst verstehende, gesetzliche Voraussetzung des Erbrechts sein, darum keine besondere, ihr eigenthümliche juristische Wirkung haben und eben deshalb das Rechtsgeschäft, mit welchem sie in Verbindung gebracht worden wäre, nicht zu einem bedingten gemacht haben würde.[27]) Daraus würde aber ferner folgen, daß sich Ulpian geirrt hätte — eine Annahme, die sich seiner ausdrücklichen motivirten Erklärung gegenüber so wenig festhalten läßt, als das Resultat, zu welchem von Krämel in abermaligem Widerspruche mit dem Gesetze gelangt, indem er die Erbeinsetzung in das Codicill verlegt, während es doch dieselbe so angesehen wissen will, „quasi testamento hereditas data esset." Zu dieser Annahme hatte es aber guten Grund: denn war die testamentarische Erbeinsetzung an eine Bedingung geknüpft und wurde letztere durch die Nennung des Erben im Codicille nur erfüllt, so wirkte ihr Eintritt rückwärts.[28]) Das hatte zur Folge, daß es so angesehen werden mußte, als ob schon durch das Testament und zwar unbedingt ein Erbrecht eingeräumt und die Erbeinsetzung bewirkt worden sei.

So lange als der Testator ein Codicill nicht errichtet und in demselben den Sejus oder den, dessen Namen zu nennen er sich vorbehalten hatte, nicht als seinen Erben bezeichnet hatte, blieb es eben nur ungewiß, ob Jener oder Dieser sein Erbe werden würde. Daß aber Jener oder Dieser sein Erbe werden solle, wenn er denselben im Codicille als seinen Erben bezeichnet haben würde, das beruhte auf seinem im Testamente ausgesprochenen Willen. Auch in dieser Beziehung läßt sich der

27) v. Savigny a. a. O. S. 122 und 123, Wächter a. a. O. S. 689 u. 690.

28) fr. 11 §. 1. D. qui pot. 20. 4., fr., 16 F. de solut. 46. 3.

Satz anwenden, durch welchen fr. 21 § 1 D. qui test. fac. poss. 28. 1. die Zulässigkeit einer spätern bloßen Aufklärung vertheidigt: „nihil enim nunc dat, sed datum significat.“ Freilich beruht die codicillarische Bezeichnung des testamentarisch eingesetzten Erben auch auf einem Willensacte des Erblassers. Indessen durch denselben verliert sie nicht ihren juristischen Charakter und wird sie nicht, wie von Kräwel annimmt, zu einer „letztwilligen Disposition.“ Sonst müßte man ja auch eine solche in jeder anderen Potestativbedingung und also auch in dem Beispiele einer Erbeinsetzung finden, dessen sich fr. 28 D. de manum. test. 40. 4. bedient: denn wenn es hier heißt: „si in Capitolium non ascendero,“ so liegt hier ebenfalls eine Bedingung vor, deren Erfüllung in den Willen des Erblassers gestellt war. Hier wie dort kömmt der Eintritt der Bedingung, obschon er von dem Belieben des Erblassers abhängt, der von ihm getroffenen Anordnung gegenüber nur als eine Thatsache in Betracht. Die erstere wird durch die Ungewißheit der letzteren nicht, wie von Kräwel will, zu einer „unvollständigen,“ der „Ergänzung“ bedürftigen. Sonst müßte ja überall die Erfüllung einer Suspensivbedingung für ein Bestandtheil des Testaments angesehen werden.

Fein, der im Ergebnisse mit unserer Auslegung übereinstimmt[29]), ist von von Kräwel nicht nur nicht widerlegt, sondern auch mißverstanden worden. Indem jener Schriftsteller unsere Annahme theilt, daß „die Bezeichnung des Sejus als Erben im Codicille nur den Eintritt einer Bedingung involvire“ und als solcher „allerdings insofern auf die Realisirung der letztwilligen Disposition Einfluß habe, als ohne sie die letztere nicht in's Leben treten könne,“ folgert er mit Recht, daß es sich bei dem gedachten Umstande „gar nicht um eine selbstständige codicillarische Disposition handle.“ Er fügt hinzu, daß man, wenn man jenen Umstand als eine solche Disposition auffassen wolle, consequenter Weise genöthig sein würde, „allen Factis, welche sich als Erfüllung einer der Erbeinsetzung zugefügten Bedingung darstellen“ und daher den obengedachten Ein-

29) s. Bd. 45. S. 119 u. 120, 144.

fluß äußern, juristische Wirkung nur dann beizulegen, wenn sie vor 5 rogirten Zeugen zur Existenz gekommen wären", m. a. W. wenn sie den Formen eines Codicills entsprächen. Diesem seinem argumentum ab absurdo kann nicht mit von Kräwel der Vorwurf einer Verkehrtheit im Schließen gemacht werden: denn Fein hat keineswegs angenommen, daß, „weil der Eintritt der Bedingungen nicht in derjenigen Form, welche für die Errichtung eines Codicilles vorgeschrieben ist, bewiesen werden kann, die das Testament in seinem wesentlichsten Theile ergänzenden letztwilligen Erklärungen des Testators nicht als letztwillige Dispositionen angesehen werden dürften": denn mit der Beweisfrage beschäftigt er sich gar nicht. Aus einer (ohnehin unannehmbaren) Unmöglichkeit, den Eintritt der Bedingung aus der Beobachtung der Codicillarform darzuthun, folgert er nicht, daß die Benennung des Sejus im Codicille keine letztwillige Anordnung sei; vielmehr setzt er voraus, daß sie einen solchen rechtlichen Charakter gar nicht habe, sondern als ein bloßes Factum, als die Erfüllung einer Bedingung, aufzufassen sei. Ist sie dies aber, so entwickelt er die Lächerlichkeit, welche daraus entspringen würde, wenn man für ihre „Existenz" die Beobachtung derselben Form verlangte, welche die Gesetze für Codicille als letztwillige Verfügungen m. a. W. als Rechtsgeschäfte vorgeschrieben haben. Ihm kam es ja hier nur darauf an, für die Nennung des in einem mystischen Testamente eingesetzten Erben, weil durch sie lediglich eine Bedingung erfüllt werde, Befreiung von der Codicillarform und durch dieselbe Formlosigkeit zu vindiciren.

Wir kommen nunmehr zu fr. 77 D. de hered. instit. 28. 7., der zweiten Stelle, welche von dem s. g. mystischen Testamente handelt. Nach derselben hat Jemand einen Erben in seinem Testamente genannt, zu Gunsten desselben aber nicht den ganzen Nachlaß erschöpft. Da sich nun in dem gedachten Testamente die Worte fanden: „quem heredem codicillis fecero, heres esto", und Titius im Codicille zum Erben eingesetzt worden war; so fragte es sich, ob diese Erbeinsetzung gültig sei, und welche Quote Titius in Anspruch nehmen dürfe. Hierauf ertheilt Papinian Antwort, und zwar erklärt er in jener Beziehung: „Ejus insti-

tutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non potest, tamen haec ex testamento data videtur," in dieser Hinsicht aber beschränkt er den Titius auf den noch vacanten Bruchtheil des Nachlasses. Er erkennt also auch den Grundsatz an, daß das Erbrecht des Titius nicht aus dem Codicille abgeleitet werden kann, und findet die Quelle desselben ebenfalls in dem Testamente. Den Grund für diese Entscheidung giebt er nicht an; aber wir sind durch nichts gehindert, ihm denselben unterzulegen, dessen sich Ulpian im fr. 10 pr. D. cit. bedient hat. Wir haben nämlich bereits gesehen, daß der Letztere seinen zweiten, in den Worten: „cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto," enthaltenen Fall mit dem ersten, obschon seiner Wortfassung nach verbis: „si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto," verschiedenen, dennoch auf gleiche Linie gestellt und die desfallsige Entscheidung „pari ratione" motivirt hat. Das Erstere hat er durch den, den Uebergang zum zweiten Falle bildenden Ausdruck: „proinde" gethan. Derselbe drückt eine Folgerung oder Analogie aus, ist also mit ergo oder aeque ac gleichbedeutend, wie theils Fein[30]) anerkennt, theils Dirksen[31]) durch Paralellstellen bezeugt. War also auch, wie wir gethan haben, der zweite Fall Ulpians als eine „conditionalis institutio" aufzufassen; so kann es keinen Bedenken unterliegen, ebenso mit dem Falle Papinians zu verfahren. Beide Fälle sind dem Wesen nach identisch. Dort, wie hier, ist der Erbe im Testamente nicht genannt worden, dort, wie hier, wird, um seinen Namen zu erfahren, auf ein späteres Codicill verwiesen. Der Sache nach hat also der Testator in beiden Fällen erklärt: „wenn ich noch ein Codicill errichte und in demselben Jemanden als meinen Erben nenne, so soll er mein Erbe sein." Den Willen, in Bezug auf den vacanten Erbtheil überhaupt und zwar von einem Anderen, als dem genannten Erben beerbt zu werden und diesem Anderen, den er freilich noch nicht genannt hat, zu einem Miterben zu machen, hat hiernach der Erblasser schon im Testamente ausgesprochen. Aus dem Testamente

30) a. a. O. S. 121.

31) cfr. ejus manuale latinitatis fontium juris civilis s. h. v. nach Georges lateinisch deutsches Handwörterbuch 11. Aufl. s. h. v. u. Kühners Schulgrammatik der lateinischen Sprache, 5. Aufl. S. 429.

leitet daher der gedachte Miterbe, sobald im Codicille die gestellte Bedingung erfüllt, d. h. sein Name angegeben worden ist, sein Erbrecht ab. Das Testament enthält hiernach seine Ernennung zum Erben, während das Codicill sich auf seine Benennung beschränkt und daher nicht, wie von Kräwel S. 73 glaubt, über die Erbeinsetzung disponirt.

Von Kräwel kann sich auch nicht anders helfen, als dadurch, daß er S. 72 den Grund Papinians für die Aufrechterhaltung der fraglichen Institution: „haec hereditas ex testamento data videtur," „wörtlich genommen" für „unrichtig" erklärt. Nach von Kräwel's Deduction hat nämlich das Codicill diese seine Eigenschaft verloren „und durch den im Testamente ausgesprochenen Willen des Testators, der dem Nachzettel die Kraft eines Testaments beilegt," mit diesem gleiche „Wirkung und Geltung" erlangt. Indessen, wenn wir auch nicht darauf zurückkommen wollen, daß die Gesetze nirgends einem Erblasser die Befugniß eingeräumt haben, bloß durch seinen Willen eine nur in den Formen eines Codicilles errichtete Erklärung der Sache nach zu einem Testamente zu machen und sich selbst von den für das letztere vorgeschriebenen Solennitäten zu dispensiren; so wird doch Niemand verkennen, daß eine Auslegung das gerechteste Bedenken erregen muß, ja nicht gebilligt werden kann, durch welche der Gesetzgeber eines Irrthums geziehen und mit sich selbst in Widerspruche versetzt wird. Das würde aber der Fall sein, wenn er bestimmt hätte, daß eine in einem Codicille vorgenommene Erbeinsetzung gelten solle, obschon er in einem Athem bemerkt hatte, daß dieselbe nicht statthaft sei. Sollte aber wirklich dem „Nachzettel" die Kraft, ein (directes) Erbrecht zu begründen, mit von Kräwel in Folge der fraglichen Erklärungen des Testators, zuzugestehen sein; so dürfte nicht übersehen werden, daß Papinian von der aufgestellten Voraussetzung nichts erwähnt. Er hat nicht gesagt und konnte nicht sagen, daß die Erbeinsetzung gelte, weil der Testator in seinem Testamente sich dahin „ausgesprochen" habe, daß er „dem Nachzettel die Kraft eines Testaments beigelegt" haben wolle.

Gesetzt übrigens auch, daß sich die Erbeinsetzung auf ein Codicill gründen lasse, so würde dies doch nur insofern zulässig

sein, als der Fall vorläge, von welchem fr. 77 und fr. 10 D. cit. sprechen, d. h. wenn sich der Erblasser im Testamente ausdrücklich eine codicillarische Erbeinsetzung vorbehalten hätte: denn alsdann stände doch wenigstens in einer strengeren, für die Erbeinsetzung eigentlich vorgeschriebenen, m. a. W. in der testamentarischen Form, der Wille des Erblassers fest, sich die Möglichkeit einer Erbeinsetzung in einem Codicille zu eröffnen. Diese speciell auf die Erbeinsetzung gerichtete und beschränkte Absicht kann zwar auch der allgemeinen Erklärung, daß „der Nachzettel die volle Kraft des Testaments haben solle," unterliegen; aber das muß keineswegs geschehen. Es ist vielmehr recht gut denkbar, daß der Erblasser, als er eine solche Erklärung abgab, an andere Verfügungen gedacht hat und nur diese seinen testamentarischen Anordnungen gleich hat behandelt wissen wollen. Je mehr aber die Erbeinsetzung die wichtigste letztwillige Verfügung ist, und je gerechter schon die Bedenken sind, welche der bei einem s. g. mystischen Testamente einem Codicille eingeräumten Formlosigkeit[32]) vom Standpunkte der Rechtssicherheit aus entgegenstehn[33]), destoweniger würde es zu billigen sein, die Befugniß zu einer codicillarischen Erbeinsetzung auf einen Fall auszudehnen, in welchem sie nicht durch ein Testament besonders vorbehalten worden ist.

II.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß Papinian dann, wenn sein Testator bestimmt hätte; „quos heredes codicillis fecero, heredes sunto" keinen Anstand genommen haben würde, auch diese Erbeinsetzung für gültig anzusehen: denn seine Entscheidung hat kein Gewicht darauf gelegt, daß es sich in dem ihr untergestellten Falle nur um einen Erben handelte; vielmehr war dieses Zahlenverhältniß für sie ganz gleichgültig, weil es ihr nur auf den Grund ankam, um dessentwillen eine Erbeinsetzung für zulässig zu halten sei, bei welcher nicht schon in dem Testmente der Erbe kenntlich gemacht worden sei, sondern es erst durch das Codicill werden solle. Es muß daher von Krä-

32) Witte a. a. O. S. 673, Sintenis a. a. O. S. 403.
33) Fein a. a. O. S. 145 und 146.

wol vollkommen beigestimmt werden, daß sich die mehreren Erben, zu deren Gunsten mystisch testirt worden sei, in den Rest des durch die schon im Testamente benannten Erben nicht erschöpften as zu theilen haben — ein Satz, der in §. 6 J. de hered. instit. 2. 14. seine gesetzliche Bestätigung findet. Aber so gewiß es auch ist, daß es der Erblasser ist, der die Größe ihrer Antheile „bestimmt", so läßt sich doch nicht unserem Gegner darin beipflichten, daß diese Bestimmung in dem Codicille wurzle. In dem dafür von ihm angezogenen fr. 36 D. de hered. instit. 26. 5. erzählt Ulpian von einer testamentarischen Erbeinsetzung, die gelautet habe: „ex qua parte codicillis heredem scripsero, heres esto." Er wirft jedoch nur die Frage auf, wie es zu halten sei, „si pars in codicillis non fuerit adscripta," und beantwortet dieselbe dahin: „erit tamen heres, quasi sine parte institutus." Er wollte also bloß entscheiden, daß die Erbeinsetzung, ohngeachtet das Codicill von dem in dem Testamente nicht bestimmten, wegen der Bestimmung auf das Codicill verweisenden Theile nichts enthalte, gleichwohl gültig sei. War sie das aber, so verstand es sich von selbst, daß sie so zu behandeln sei, als ob der Testator Jemanden zu seinem Erben ernannt habe, ohne für ihn einen bestimmten Theil des Nachlasses ausgesetzt zu haben — d. h. durch die für einen solchen Fall gesetzlich[34]) getroffene Anordnung wurde der nicht ausgesprochene Wille des Erblassers ergänzt. Allein von Kräwel hat vollkommen Recht, daß, wenn auch die Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit der Erbeinsetzung der nächste Zweck war, es dennoch Ulpian für statthaft gehalten haben müsse, eine Verweisung auf das Codicill wegen des Theils vorzunehmen: denn sonst hätte ja gar nicht von ihren möglichen Folgen die Rede sein dürfen. Aber von Kräwel irrt, wenn er daraus schließt, daß hiernach im Codicille die Größe der Erbtheile angeordnet werden dürfe. Auch für den Anspruch auf dieselbe ist das Testament vielmehr maßgebend. Wie der Erbe sein Erbrecht aus letzterem ableitet, so ist es auch die Quelle seines Rechts auf einen bestimmten Antheil. In ihm hat ja der Testator seinen

34) cfr. §. 6 J. cit. fr. 12 D. de bon. poss. sec. tab. 37 11.

Willen ausgesprochen, daß der Erbe den Theil erhalten solle, den er, der Erblasser, in dem Codicille nennen werde. Ueber diesen Theil disponirt daher das Codicill nicht, sondern es giebt nur über seine Höhe Aufschluß.

III.

Im weiteren Fortgange seiner Abhandlung erörtert v. Kräwel S. 74 u. fg., „ob sich der Erblasser in seinem Testamente auch die Befugniß vorbehalten könne, die im Testamente bereits erfolgte Erbeinsetzung abzuändern." Er gibt hierauf eine bejahende Antwort. — Nun wird ihm allerdings zugegeben werden müssen, daß der Erblasser an sich nicht gehindert ist, eine solche Aenderung vorzunehmen („ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum" [35]) und daß sich also der Streit nur darum drehen kann, ob die Einsetzung eines anderen Erben an die Stelle des im Testamente ernannten wieder in einem Testamente erfolgen müsse oder auch in einem Codicille geschehen dürfe. Indem von Kräwel dem Letzteren diese Befugniß einräumt, scheint er übersehen zu haben, daß eine solche Substituirung des (sit venia verbo!) codicillarischen Erben nichts weiter sein würde, als eine Entziehung des testamentarisch begründeten Erbrechts, und daß Letztere als Folge eines Codicills nach dem klaren Ausspruche von § 2 J. de cod. 2. 25. und fr. 26 D. ad S. C. tum. Treb. 36. 1. für unstatthaft erklärt worden ist: denn in beiden Stellen wird als unbestritten und unbestreitbar der Rechtssatz aufgestellt: „codicillis hereditatem neque dari neque adimi posse." Es fehlt also keineswegs, wie von Kräwel meint, an einer ausdrücklichen gesetzlichen Entscheidung unseres Falles. Für die Anwendbarkeit der auf fr. 12, 13 D. de leg. 1. 3. gestützten Analogie findet sich also hier, weil keine Lücke, auch kein Platz. —

Selbst wenn wir aber die gedachte Entscheidung nicht hätten, so würde doch das Ergebniß das gleiche bleiben. Der Vorbehalt des Testaments, im Codicille die Erbeinsetzung abzuändern, fällt nämlich mit dem Vorbehalte des Testaments, im Codicille

35) fr. 4 D. de adim. vel transfr. 34, 4., fr. 32 §. 3 D. de donat. inter vir. et ux. 24, 1.

einen Erben zu ernennen, der Sache nach zusammen. In beiden Fällen würde sich der Erblasser durch einen solchen Vorbehalt die Befugniß zu einer cobicillarischen Erbeinsetzung offen erhalten wollen. Haben wir aber unter I. gesehen, daß der zweite Vorbehalt unzulässig ist und ein Codicill nicht zu einem Testamente machen kann, so müssen wir auch dem ersten Vorbehalte aus dem gleichen Grunde die ihm von unserem Gegner beigelegte rechtliche Wirksamkeit absprechen.

Daß und warum die im Codicille nachgeholte Benennung des Erben nicht als eine Ergänzung des Testaments zu betrachten sei, haben wir auch bereits unter I. gezeigt. Es würde daher nichts helfen, selbst wenn es von Krämel gelungen wäre, zu beweisen, daß diese von ihm s. g. Ergänzung immer eine Abänderung sei, woraus er schließen zu dürfen glaubt, daß auch die hier in Frage stehende Abänderung mit jener auf gleicher Linie stehe. Indessen selbst dieser Beweis ist ihm mißlungen. Zwar hat er darin Recht, daß das s. g. mystische Testament als destitutum hinfällig wird, wenn es nur auf einen Erben berechnet war und dieser im Codicille nicht genannt worden ist, und ferner, daß, wenn das Testament theils einige Erben genannt, theils wegen der Namen anderer auf ein Codicill verwiesen hat, im letzteren aber sich kein Name findet, die Erbportionen, die sie außerdem erhalten haben würden, den ersteren accresciren. Allein dort wie hier hat sich der disponirende Wille des Erblassers nicht geändert, sondern er ist, weil die Potestativbedingung nicht eingetreten ist, gar nicht zur rechtlichen Existenz gelangt [36]).

In fr. 1 § 3 D. de vulg. substit. 28. 6. heißt es: „sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet", und fr. 20 D. de jur. codic. 29. 7. erinnert, hiermit übereinstimmend, an den schon oben in einer Note angeführten Ausspruch Julians: „tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli, quam testamentum, existimandae sunt." Denken wir uns nun, daß der Erblasser dem einzigen,

36) §. 2 J. quib. mod. test. infir. 2. 17 fr. 37 in, f. D. de contr. emt. 18. 1 fr. 8 pr. D. de per. et commod. 18. 9 rei vend. 18 6., fr. 21 in, f. D. de solut. 46. 3.

im Testamente eingesetzten Erben im Codicille einen anderen substituirt hat, so fehlt dem Testamente die Erbeinsetzung, wenn man mit von Kräwel annimmt, daß sie ihm gültig entzogen worden sei. Man kann alsdann auch sagen: es hört auf, ein Testament zu sein. Folglich ist es nichtig und könnte höchstens nur noch als Codicill gelten. Gleichwohl soll aus ihm als Testament das Recht zu der im Codicille vorgenommenen Abänderung abgeleitet werden können!

IV.

Vergebens beruft sich endlich von Kräwel S. 76 und 77 auf eine durch „die deutschen Zustände“ und „das practische Bedürfniß“ herbeigeführte weitere Entwickelung des römischen Rechts und auf die Praxis: denn was zunächst jene Entwicklung betrifft, so kann für den Gang, den sie genommen und das Ziel, das sie erreicht haben soll, bei einer aus dem gemeinen Rechte zu entscheidenden Frage weder das französische noch das preußische oder das österreichische Gesetzbuch benutzt werden. Sieht man daher von diesen fremd- und particularrechtlichen Bestimmungen ab, so wird man sich nicht verhehlen können, daß sich die vaterländischen Zustände und Bedürfnisse keineswegs gegen einen Unterschied zwischen einem Testamente und einem Codicille gesträubt, denselben vielmehr willig in ihr Rechtsbewußtsein aufgenommen haben und noch in ihm bewahren. Derselbe liegt zu tief in der Natur der Sache, als daß er jemals verkannt worden wäre oder werden würde, so lange man nicht leugnen kann, daß die Einsetzung eines Erben etwas anderes und wichtigeres ist, als eine sonst über den Nachlaß getroffene Verfügung. Giebt man dies aber und damit die Möglichkeit zweier innerlich verschiedener Rechtsgeschäfte zu, und räumt man ferner ein, daß beide im öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit nicht von allen Formen entkleidet werden dürfen; so wird man auch eingestehen müssen, daß eine äußerliche Verschiedenheit der letzteren, eine deßfallsige Abstufung nach der Wichtigkeit der getroffenen Anordnung, vollkommen an ihrem Platze war und noch ist. Zwar kommen jetzt häufiger, als Privattestamente, bei Gerichte übergebene oder vom Gerichte aufgenommene vor; aber diese Erscheinung darf nicht mit von Kräwel

so gedeutet werden, als ob sich durch dieselbe eine Neigung des Volks nach minder strengen Formen manifestire. Sie entspringt vielmehr aus dem Streben, sich eine größere Sicherheit der Aufbewahrung und dem letzten Willen die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde zu verschaffen. Zwei verschiedene Dinge können nicht mit einander verglichen werden. Auch hängt es immer von besonderen Umständen ab, ob es leichter ist, der ordentlichen Form eines Privattestaments zu genügen oder ein öffentliches zu errichten.

Was aber die angezogene Praxis betrifft, so würde sie allerdings zu berücksichtigen sein, wenn sie einen gewohnheitsrechtlichen Charakter an sich trüge und einen neuen Rechtssatz erzeugt hätte.[37] Indessen die namentlich angeführten Autoritäten, auf die sich nach von Kräwels Relation S. 60 u. 61 die Gesetzcommission und das Kammergericht berufen haben[38], bezeugen zwar, aber belegen nicht, abgesehen von dem, von Stryk ertheilten Gutachten, den angeblichen Gerichtsgebrauch. Jene Schriftsteller sowohl als das Kammergericht suchen auch ihre Ansicht nicht durch den Gerichtsgebrauch, sondern durch Stellen des römischen Rechts zu begründen, die, wie wir gezeigt zu haben glauben, von ihnen mißverstanden worden sind. Eine falsche, wenn auch noch so oft erfolgte Anwendung eines Gesetzes darf uns aber nicht hindern, ihr nach erkanntem Irrthume untreu zu werden[39] „cum non exemplis, sed legibus judicandum sit“[40] und „quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.“[41] Für gesunde „Natur“ kann eine Praxis nicht gelten, welche zur Formlosigkeit einer Einsetzung und zur nackten, den Ernst und die Festigkeit der Absicht nicht verbürgenden Willkühr des Testators, dadurch aber zur Rechtsunsicherheit führt. In einem solchen Ergebnisse kann man

37) f. Sintenis a. a. O. 2. Aufl. Th. 1 §. 3 S. 30 und 40.

38) Stryk in usu moderno. Lib. 29. tit. 7 §. 3 und Lauterbach in seinem collegium theoretico practicum Lib. 28 tit. I. §. 76.

39) v. Savigny a. a. O. Th. 1 §. 20 S. 93.

40) c. 13 C. de sent. et interloc. 7. 45.

41) fr. 39 D. de leg. 1. 3.

bei der unverkennbar fortdauernden Nothwendigkeit, die Errichtung eines Testaments an gewisse Formen zu knüpfen, keine Befriedigung eines neuen Bedürfnisses finden. Darum würde gewiß auch von Savigny von Kräwels Ansicht nicht für einen aufrecht zu erhaltenden Theil des heutigen „practischen Rechts", für „eine Umbildung eines römischen Rechtsinstituts," gelten lassen. Letzterer bezieht sich daher S. 77 auf den Ersteren vergebens.

V.

Von Kräwel begnügt sich nicht, dem Testator „in Beziehung auf den Inhalt" eines Codicilles dann „völlig freie Hand" zu lassen, wenn er demselben „die Kraft und Wirkung eines Testaments beigelegt" hat, sondern glaubt auch S. 81, daß er befugt sei, sich selbst von der für testamentarisch bestätigte Codicille vorgeschriebenen Form „zu entbinden." Daß er Dies nicht schon deshalb und dann thun dürfe, weil und wenn ihm jenes zuzugestehen sei, scheint er selbst gefühlt zu haben. Beides sind ja verschiedene, sich nicht gegenseitig bedingende Dinge. Sonst müßte auch der Erblasser, weil er „völlig freie Hand" hat, in seinem Testamente alle Arten letztwilliger Verfügungen zu treffen, beliebig bestimmen können, wie er sein Testament errichten wolle. Während es daher von Kräwel mit Recht verschmäht hat, den gedachten Umstand für seine Behauptung zu benutzen, oder während er doch auf denselben kein besonderes Gewicht gelegt hat, sucht er seine Ansicht S. 78—84 in anderer Weise zu begründen. Indem er dazu schreitet, hat er erkannt, daß sich gegenüber der durchgreifenden, in dem alleinigen Gegensatze des Testaments auch sämmtliche Arten des Codicills umfassenden Vorschrift des Kaisers Theodosius, (wie dieselbe in c. 8 § 3 C. de cod. 6. 36. lautet: — „in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes — in uno eodemque tempore adhiberi debent" —) die früher [42]) vertheidigte Meinung nicht länger festhalten lasse. Er

42) über den deßhalb in älterer Zeit geführten Streit cfr. Walch introductio in controversias. Ed. 3. Sect. II. Cap. IV. memb. III. §. 40 p. 336 — 338.

gesteht daher als Regel zu, daß auch für die in einem Testamente bestätigten Codicille die vorgeschriebenen Formen zu beobachten seien. Und in der That läßt es sich nach der gründlichen Bearbeitung, welche der gedachten Frage in neuerer Zeit zu Theil geworden ist[43]), nicht länger bezweifeln, daß die desfallsige Ansicht richtig ist und bereits entschiedenen Eingang in die Praxis gefunden hat.[44]) Insbesondre hat von Vangerow[45]) überzeugend gezeigt, daß die c. 1 C. Th. de test. et cod. 4. 4., auf welche sich, wie von Kräwel S. 79 u. 80 berichtet, das Kammergericht für seine entgegengesetzte Meinung berufen hat, nur von Intestatcodicillen rede, daß aber Theodosius in c. 8 § 3 cit. die dort von Constantin bloß für eine Art von Codicillen vorgeschriebene Nothwendigkeit der Zuziehung von 5 Zeugen auf alle Arten von Codicillen und also auch auf die testamentarisch bestätigten ausgedehnt, folglich wirklich ein correctorisches und zwar umfassendes Gesetz erlassen hat.

Von Kräwel will jedoch eine Ausnahme nachlassen, wenn der Testator die im Eingange erwähnte Erklärung abgegeben habe. Da derselbe alsdann ein wahres, bekanntlich nur dem Regenten[46]), aber keinem Unterthan und noch dazu in eigner Sache zuständiges Dispensationsrecht von einem gebietenden Gesetze ausüben würde, so müßte ihm eine solche exorbitante Befugniß vom Rechte selbst eingeräumt worden sein. Dafür glaubt von Kräwel S. 81 fr. 6 § 2 D. de jur. cod. 29. 7. benutzen zu können. In dieser Stelle erzählt Marcian, daß der Testator bei der Bestätigung seiner Codicille hinzugefügt habe, „ut non alios valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos." Nun fanden sich aber nach seinem Tode zwar Codicille vor, aber „neque ab eo signati neque manu ejus

---

43) f. Fein a. a. O. S. 95 und fg., Sintenis a. a. O. Th. 3 §. 208 S. 704 und Note 7. S. 706, v. Vangerow a. a. O. §. 526 S. 519—521.

44) f. Fein a. a. O. S. 100 und 101. Note 31, Emminghaus Pandekten des sächsischen Rechts S. 622. N. 24.

45) a. a. O. S. 520.

46) f. Zachariä's deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Aufl. Th. 2. §. 163 S. 183—185. f. Zöpfl's Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts 4. Aufl. Thl. 2 §. 481 S. 692.

scripti." — Es mag dahin gestellt bleiben, ob die letztren überhaupt nicht oder nur von dem Erblasser nicht besiegelt und ob sie bloß im Conterte von ihm nicht geschrieben worden waren oder ob ihnen sogar seine eigenhändige Unterschrift fehlte. Genug, wenn ihnen auch nur eines der beiden zuerst angegebenen Merkmale fehlte, so stimmten sie nicht mit den Kennzeichen überein, von welchen der Testator ihre Gültigkeit abhängig gemacht hatte. Es entstand daher die Frage, ob sie doch für gültig gehalten werden dürften. Marcian bejaht dieselbe, weil „ea, quae postea geruntur, prioribus derogant." Dadurch erkennt er den Grundsatz an, daß der Erblasser durch seine frühere Anordnung nicht genöthigt werde, von der in derselben angeordneten Form nicht abzuweichen, daß es ihm vielmehr freistehe, dem späteren Codicille eine andere Form zu geben: „nemo enim", sagt Hermogenian [48]) von einem wesentlich gleichen Falle, „sibi potest legem dicere, ut ei a priore recedere non liceat." Aus fr. 6 § 2 D. cit. ist daher nichts weiter zu entnehmen, als das negative Resultat, daß der Erblasser an die von ihm selbst im Voraus bestimmten Formen bei der späteren Errichtung eines Codicills nicht gebunden sei. Es folgt aber nicht daraus, daß er die gesetzlich vorgeschriebenen Formen nicht zu beobachten brauche. Sind freilich jene Formen nicht beobachtet worden, so kann ein Zweifel über die Aechtheit des späteren Codicills, aber, diese vorausgesetzt, keineswegs über seine Gültigkeit entstehen. Wir haben es alsdann mit keiner Frage nach der von der Solennität der Errichtung bedingten Entstehung eines Rechtsgeschäfts, sondern lediglich mit dem Beweise desselben zu thun. So entscheidet auch Scävola [49]) einen dem unsrigen ganz gleichen Fall. Nach demselben hatte der Testator verordnet, daß, „si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret." Nun fand sich aber später eine Schrift, die das angegebene Merkmal nicht an sich trug, ein Brief, vor, in welchem er eine Verfügung zu Gunsten seines Sohnes getroffen hatte. Der Jurist

---

48) in fr. 22 pr. D. de leg. III.

49) in fr. 89 pr. D. de leg. II., der zweiten von Kräwel S. 83. für sich benutzten Stelle.

bemerkt hierauf: „si fides epistolae relictae constaret, deberi, quae in ea dare se velle significavit."

Es darf uns nicht befremden, daß in fr. 6 § 2 D. cit. von weiteren Formen, als den vom Testator vorgeschriebenen, nicht die Rede ist, und daß fr. 89 pr. D. cit. offenbar ein formloses Codicill voraussetzt: denn zur Zeit ihrer Verfasser bestand bekanntlich noch keine gesetzliche Codicillarform[50]). Gleichwohl darf nicht mit Puchta, dessen Ansicht von Kräwel S. 82 referirt, angenommen werden, daß beide Stellen nur historischen Werth hätten: denn auch noch nach der c. 8 § 3 C. de cod. 6. 35. haben sie eine practische Bedeutung. Sie entscheiden nämlich die Frage, wie es zu halten sei, wenn ein Codicill zwar legal errichtet ist, aber nicht in der besondren Form, die der Testator für dasselbe im Voraus bestimmt hatte Wenn sie ihm hiernach auch das Recht einräumen, eine solche Form im Voraus testamentarisch festzusetzen und also sogar etwas anzuordnen, was die Gesetze ausdrücklich für unnöthig erklärt haben[51]); so entbinden sie ihn dadurch doch nicht von der Pflicht, die gesetzlich vorgeschriebene Form neben der testamentarisch bestimmten einzuhalten; vielmehr erkennen sie, wie gesagt, eine rechtliche Nothwendigkeit, der letzteren treu zu bleiben, nicht an. Macht er indessen von der gedachten Befugniß Gebrauch und glaubt er, seine Anordnung vollziehen zu müssen; so hat er die Codicillarform durch eine fernere, beliebig hinzugefügte Bedingung erschwert. Die Einräumung der gedachten Befugniß läßt sich also nicht mit von Kräwel S. 83 als ein Beweis benutzen, daß sich „die Autonomie des Testators auch nach der Seite hinäußere, daß er sich eine minder strenge Form vorschreibe", oder, wie man wohl richtiger sagen sollte, gestatte.

VI.

Sowohl fr. 6 §. 2 als fr. 89 pr. D. cit. behandelt einen Fall, in welchem die von dem Testator für sein künftiges Codi=

---

50) s. Witte a. a. O. S. 679.

51) fr. 6 §. 1 D. de jure cod. 29. 7: „Codicillos — ipsius manu neque scribi neque signari necesse est."

cill im Voraus bestimmte Form nicht beobachtet worden war. Wenn sich auch vielleicht aus jener Stelle entnehmen lassen sollte, daß die Form theilweise in dem vorgefundenen Codicille beibehalten worden sei, obgleich die besonders betonte Verneinung beider, in der Eigenhändigkeit der Besieglung und der schriftlichen Aufnahme testamentarisch aufgestellten Bedingungen der Gültigkeit eher für ihren gänzlichen Wegfall sprechen dürfte; so lehrt doch die zweite Stelle unzweifelhaft, daß eine vollständige Abweichung von dem im Testamente angegebenen Merkmale erfolgt war. Dort, wie hier, sollte gleichwohl das Codicill gelten, weil es gewiß war, daß es von dem Erblasser errichtet worden sei: verbis: „valent ab eo facti codicilli.“ Ueber das Wie der Errichtung sollte allein ihre Zeit entscheiden. Es läßt sich daher nicht mit von Kräwel S. 84 annehmen, daß das Codicill aufrecht erhalten worden sei, weil es doch im Wesentlichen die vorgeschriebene Form an sich getragen habe: denn dahin führt nicht der Grund der Entscheidung. Auch lag eine solche Uebereinstimmung zwischen der testamentarisch bestimmten und im Codicille befolgten Form im Falle des fr. 89 pr. D. cit. gar nicht vor. Dürfte aber auch in dem Falle des fr. 6 § 2 D. cit. angenommen werden, daß der Codicillant nur in einem Stücke von der Vorschrift des Testaments abgewichen sei, woraus sollte dann beurtheilt werden, ob und warum diese Abweichung für eine unwesentliche anzusehen sei? Der Testator hatte ja die Gesammtheit der mehreren Merkmale zu einer Bedingung für die Gültigkeit des Testaments gemacht. Fiel daher auch nur eines der sie constituirenden thatsächlichen Momente aus, so gelangte sie überhaupt nicht zur Existenz.

Ohnehin würde es bei dem Mangel eines festen und sichren Anhaltpunkts eine kaum zu überwindende Schwierigkeit sein, sich in die Seele des Testators zu versetzen und von diesem nothwendig einzunehmenden Standpunkte aus zu entscheiden, was er für wesentlich gehalten habe.

VII.

Die Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Dresden, auf welches von Kräwel S. 85 Bezug nimmt, stützt sich theils

auf Gesetze[52]), die, wie wir gezeigt zu haben glauben, in einem anderen Zusammenhange stehen und in einem anderen Sinne aufzufassen sind, theils auf Schriftsteller[53]), die keine neuen, von uns nicht schon widerlegten Gründe vorbringen. Wenn daher auch jener Gerichtshof angenommen hat, daß die durch ein Testament im Voraus bestätigten Codicille „keiner weiteren Solennitäten" bedürften, und daß die von einem Erblasser in seinem Testamente für seine Codicille vorgeschriebenen Förmlichkeiten befolgt werden müßten, wenn die Codicille für testamentarisch bestätigte gelten sollten; so kann uns das doch in unserer Ansicht nicht irre machen: denn hat auch das Oberappellationsgericht in der zuletzt gedachten Beziehung nach der Natur der fraglichen Bedingung Recht, so wird doch durch dieselbe an dem von uns gefundenen praktischen Ergebnisse nichts geändert. Bestätigte, wie nicht bestätigte Codicille müssen gleichmäßig die gesetzliche Form befolgen.

Uebrigens giebt ja von Kräwel S. 86 selbst zu, daß andere hohe Gerichtshöfe eine, der, des Oberappellationsgerichts entgegengesetzte Meinung ausgesprochen haben.

Ist es unserem Versuche gelungen, die Ansicht zu befestigen, daß der Testator sich in keiner Weise das Recht beilegen könne, in einem Codicille eine Erbeinsetzung vorzunehmen oder dasselbe von der gesetzlichen Form zu befreien; so nimmt derselbe das Verdienst in Anspruch, einen bescheidenen Beitrag zu der Bemühung der Neuzeit geleistet zu haben, die Theorie und Praxis vor dem Wiedereinbringen falscher, durch ihr laxes Wesen für die Rechtspflege verderblicher Ansichten zu beschützen.

---

52) auf fr. 2 §. 2, fr. 14. pr. D. de jure cod. 29 7, fr. 89 pr. D. de leg. II. u. c. ult. §. 3 C. de cod. 6. 36.

53) auf J. H. Böhmer in exercitationibus ad Pandectas. Tom V. p. 107. auf G. L. Böhmer in seiner praefatio ad Tom V. Exercit. ad Pand., auf Kind in seinen quaestiones forenses Ed. II. Tom. I. c. 41 p. 271, u. auf Curtius in seinem Handbuche des in Kursachsen geltenden Civilrechts. Th. 2. §. 816 S. 350 und 351.